

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/36901>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

PBO en ZBO: slechts één letter verschil?

Preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht

*prof. mr. C.A.J.M. Kortmann**

1 Inleiding

In 2005 een preadvies schrijven over openbare lichamen voor beroep en bedrijf (verder ook: OBB) en andere openbare lichamen enerzijds en zelfstandige bestuursorganen (verder ook: ZBO) anderzijds heeft veel weg van een – vooral – agrarische bezigheid: herkauwen. De afgelopen decennia zijn vele honderden bladzijden rapporten, preadviezen en artikelen,¹ alsook een aantal wetten en wetsvoorstellen aan deze materie gewijd. Aangenomen mag worden dat deze alle dienden ter verduidelijking van begrippen en ter verbetering van structuren en activiteiten.² Het resultaat was niet steeds zo, als er al resultaten waren. Weliswaar is het aantal OBB's, o.a. door fusie en opheffing, de laatste jaren gereduceerd tot 17 (in 2004) en is de wetgeving inzake de OBB's gemoderniseerd en beter gestructureerd,³ een Kaderwet ZBO is er nog steeds niet⁴ (als dat al zou moeten) en de kritiek op de explosieve en nogal chaotische groei van ZBO's neemt toe.⁵ Voorts bestaat er nog steeds onduidelijkheid over de vraag of de OBB's niet (tevens) als ZBO's zijn te kwalificeren, waarmee zij een specifiek soort ZBO's zouden zijn. Heeft herkauwen van deze brij enige zin? Of is het mogelijk die activiteit op zijn minst deels achterwege te laten? Het komt mij voor van wel. Het lijkt mogelijk wat meer orde in de terminologische en juridische warboel te scheppen.

* Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann is hoogleraar Staats- en bestuursrecht en algemene staatsleer aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Zie bijvoorbeeld de preadviezen van C.P.J. Goorden, M.M. den Boer en F.K. Buijn voor de VAR, VAR-reeks 118, Alphen aan den Rijn 1997; K.J.M. Mortelmans, R.H.G. Hesper, A.W. van Haften, *De publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie in het Europeesrechtelijke kader. Een onderzoek naar de randvoorwaarden die het primaire gemeenschapsrecht stelt aan het handelen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie*, Den Haag 1996.
2. Wetsvoorstel 25 629 was echter "puin". Het liet de idee van een openbaar lichaam los in het voorgestelde artikel 134, terwijl het voorgestelde artikel 135 bleef spreken van openbare lichamen. Verder was het bijzonder dat het voorstel de ZBO's regelde in het grondwetshoofdstuk over decentralisatie. Zie verder C.A.J.M. Kortmann, 'ZBO's, Zeer Bijzondere Opvattingen. Zelfstandige bestuursorganen in de Grondwet?', *Gemeentestem* 1997, 7064. Het is wijselijk ingetrokken.
3. Zie onder meer E.A. van Bonzel, 'De Wet op de bedrijfsorganisatie, een wet met littekens', *SEW* 2001, blz. 210 e.v.
4. Het wetsvoorstel ligt reeds lang bij de Eerste Kamer en geniet daar van een winterslaap (Kamerstuk 27 426).
5. Zie het rapport *Een herkenbare staat: investeren in de overheid*. Rapport van de Werkgroep Verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau (rapport-Kohnstamm), 's-Gravenhage 2004. In dit rapport blijven de waterschappen en de openbare lichamen buiten beschouwing. Zij worden aangeduid als "de klassieke vormen van functioneel bestuur". Het rapport heeft nogal wat kritiek gekregen, maar de conclusies ervan verdienen mijns inziens globaal steun.

Wij concentreren ons eerst op de OBB's. Deze zullen dan wel moeten worden omschreven. Daarna kunnen wij bezien of ZBO's aan deze omschrijving voldoen. Deze uiteenzetting vervolgt met een aantal themata die vooral op OBB's betrekking hebben en eindigt, zowaar, met een slot.

2 Wat zijn OBB's?

Een OBB in abstracto omschrijven is wel mogelijk, maar het heeft weinig zin, als de wetgeving (en de praktijk) daar niet bij aansluit. Het is vruchtbaarder én duidelijker het positieve recht tot uitgangspunt te nemen. Wij beginnen met de Grondwet. Wil er sprake zijn van een OBB, dan moet (ten minste) aan de volgende eisen zijn voldaan:

- a. er moet sprake zijn van een openbaar lichaam met besturen;
- b. instelling moet geschieden bij of krachtens de wet in formele zin (art. 134, eerste lid, Gw);
- c. een aantal in artikel 134, tweede lid, Gw genoemde onderwerpen moet bij of krachtens de wet worden geregeld;
- d. de wet moet het toezicht regelen; vernietiging van de besluiten van de OBB-besturen is slechts mogelijk wegens strijd met de wet of het algemeen belang.

Beziet men de vele ZBO's, dan komt men al snel tot de conclusie dat vele ervan niet aan alle genoemde vereisten voldoen. Weliswaar worden ZBO's (veelal) ook bij of krachtens de wet ingesteld, maar zij zijn in de meeste gevallen geen *lichamen met besturen*. Zij zijn gewoon besturen of ambten "sec". Ook bevatten de wetten inzake ZBO's lang niet altijd bepalingen over openbaarheid en kan vernietiging van ZBO-besluiten ook op andere gronden dan die, genoemd in artikel 134, derde lid, Gw geschieden, als de wet dat in afwijking van de Algemene wet bestuursrecht bepaalt.

Wij zijn er echter nog niet, daar ook de Wet op de bedrijfsorganisatie in de beschouwingen moet worden betrokken. Deze leert ons uit definitorisch oogpunt het volgende. De OBB's moeten (op zijn minst):

- a. een bepaalde functie vervullen in het bedrijfsleven (art. 66 WBO);
- b. de in artikel 71 WBO geformuleerde taak vervullen;
- c. een bestuur, een voorzitter en een dagelijks bestuur bezitten (art. 72 WBO);
- d. een paritair samengesteld bestuur (benoemd door organisaties van ondernemers, respectievelijk werknemers) bezitten (art. 73 WBO);
- e. een door de Kroon benoemde voorzitter bezitten (art. 78 WBO).

Voorts hebben de OBB's rechtspersoonlijkheid krachtens het BW, daar de Wet op de bedrijfsorganisatie aan hun besturen verordenende bevoegdheid toekent.

Ook nu weer kunnen wij de ZBO's "afzetten" tegen deze kenmerken van de OBB's. Dan blijkt dat er, althans voor zover ik heb kunnen nagaan, geen zijn, die aan alle criteria voldoen. Kortom, ZBO's zijn in ieder geval geen OBB's. Het omgekeerde kan wel het geval zijn, maar dan rijst de vraag welke specifieke kenmerken een OBB bezit of moet bezitten om tevens een ZBO te zijn. Deze ken ik niet. Wel stuit men op omschrijvingen van ZBO's, die zo ruim zijn dat daaronder elk lichaam of ambt valt, dat met openbaar gezag is bekleed en niet valt onder het gezag van een minister of de Kroon en waarvoor dus geen ministeriële verantwoordelijkheid bestaat. Zo kan ik het ook, denk ik dan. Maar in dat geval zijn ook de (ambten van) provincies, gemeenten en waterschappen ZBO's. Sterker nog, ook de rechtsprekende ambten en de Staten-

Generaal vallen onder deze omschrijving. Vooralsnog is, gezien het voorgaande, aan te nemen dat een OBB geen ZBO is.

Wel kan een “ander openbaar lichaam” als bedoeld in artikel 134 Gw eventueel een ZBO zijn of kan een ZBO een “ander openbaar lichaam” zijn. Hier kan echter een meer theoretische omschrijving van een openbaar lichaam ons uit de brand helpen. Een bevredigende omschrijving van een openbaar lichaam in abstracto is: “een op het publiekrecht gestoeld verband van ambten en personen, welke ambten publiekrechtelijke bevoegdheden jegens die personen uitoefenen en over de samenstelling waarvan die personen (mede) zeggenschap hebben, niet zijnde ambten met rechtspraak belast. De bestaande ZBO's voldoen hieraan in beginsel niet. De slotsom van het voorgaande is, dat het bij nadere (en nuchtere) beschouwing, en anders dan nogal eens wordt gesteld, goed mogelijk is een onderscheid te maken tussen ZBO's en OBB's of openbare lichamen in het algemeen. Het onderscheid is ook zinvol. Bij de openbare lichamen is steeds het kenmerk van “echte” decentralisatie aanwezig. Personen en ambten “doen” samen aan “zelfbestuur”, om het wat huiselijk uit te drukken. Dit verband van personen en ambten staat in betrekkelijk hoge mate “los” van het centrale overheidsverband. Het voldoet, zo kan het ook worden gesteld, aan het subsidiariteitsprincipe. Bij ZBO's⁶ ligt dit anders. Een verband van ambten en personen ontbreekt daar in beginsel. ZBO's zijn in hoofdzaak veeleer te zien als eenheden die van de klassieke ambtelijke diensten (de ministeries) zijn afgesplitst. Er is daar geen sprake van decentralisatie in de klassieke betekenis, waarin zelfbestuur geschiedt in autonomie en medebewind. Ook berusten ZBO's in beginsel niet op de gedachte van subsidiariteit.

3 Haagse verwarring

In de Inleiding is reeds opgemerkt dat er nog steeds onduidelijkheid bestaat over de vraag of OBB's niet (tevens) als ZBO's aan te merken zijn. Deze kwestie kan iets ruimer worden geformuleerd: zijn OBB's en andere openbare lichamen (tevens) te kwalificeren als ZBO's? In paragraaf 2 is getracht daarop een antwoord te geven op basis van – voornamelijk – het positieve recht (zoals ik dat zie). Laten wij nu eens bezien wat daarover ten departemente wordt gedacht en, in ieder geval, wordt geschreven, los van het bestaande “wettenrecht”.

In het stuk “Functioneel bestuur, waarom en hoe?”, dat dateert van 1991, valt te lezen:⁷ “Bij de organen van functioneel bestuur van de centrale overheid kan worden onderscheiden tussen⁸ de in de Grondwet geregelde vormen van functioneel bestuur (de openbare lichamen) en zelfstandige bestuursorganen. Dit onderscheid is echter juridisch en bestuurlijk niet van betekenis ...”. Het is om diverse redenen een betwistbare passage. Immers, de openbare lichamen zijn geen “organen”, net zo min als provincies, gemeenten en waterschappen dat zijn, en zij behoren, alleen al gezien de plaatsing in hoofdstuk 7 van de Grondwet, niet tot de centrale overheid. Bij de schriftelijke gedachtewisseling over het voorstel van Kaderwet zelfstandige bestuursorganen neemt de minister afstand van het eerder ingenomen standpunt. Hij schrijft:⁹

6. ZBO's op decentraal niveau blijven buiten beschouwing.

7. Kamerstuk 21 042, nr. 4, blz. 11.

8. “Onderscheiden tussen” is mijns inziens taalkundig minder correct.

9. Kamerstuk 27 426, nr. 5, blz. 14 (nota naar aanleiding van het verslag).

“Volstaan kan hier worden met de vaststelling dat het onderscheid tussen de in de Grondwet geregelde vormen van functioneel bestuur (openbare lichamen) en andere zelfstandige bestuursorganen groter is dan de regering getuige het bovenstaande citaat in 1991 veronderstelde”. Wat dat grotere onderscheid is, wordt echter niet uitgelegd. Wel blijft de regering ook hier kennelijk van oordeel dat de openbare lichamen van hoofdstuk 7 van de Grondwet zelfstandige bestuursorganen zijn. Anders is het woord “andere” in de passage niet te verklaren. Dit standpunt lijkt op zijn beurt echter niet te rijmen met wat de memorie van toelichting op het wetsvoorstel Kaderwet te berde brengt. Daar valt te lezen:¹⁰ “Met het gebruik van de term “op het niveau van de centrale overheid”... vallen de bestuursorganen van de publiekrechtelijke beroeps- en bedrijfsorganisatie ... direct buiten het bereik van deze wet. De organen van de publiekrechtelijke beroeps- en bedrijfsorganisatie ... hebben een eigen staatsrechtelijke positie”.¹¹ Welke die positie is, wordt niet verklaard, maar duidelijk is dat zij volgens de regering in ieder geval geen zelfstandig bestuursorgaan op centraal niveau zijn, dat bestreken wordt door de toekomstige (?) Kaderwet. De passage sluit echter niet uit dat die bestuursorganen een zelfstandig bestuursorgaan “sec” zijn, maar de vraag is dan wat de zin van die kwalificatie is.

Inzake de “andere openbare lichamen” van hoofdstuk 7 van de Grondwet kiest de regering kennelijk voor een andere route. Zij stelt:¹² “De Grondwet kent ook al sedert tientallen jaren de “andere openbare lichamen”, wier besturen ook als zelfstandige bestuursorganen moeten (sic, C.K.) worden gezien”. Zo wordt het wel heel ingewikkeld. Kennelijk maakt de regering een onderscheid tussen de besturen van de openbare lichamen voor beroep en bedrijf en die van andere openbare lichamen, hoewel artikel 134 Grondwet beide in een adem noemt en inhoudelijk tussen deze niet differentiateert. De eerste hebben een “eigen staatsrechtelijke positie” en vallen niet onder de voorgenomen Kaderwet. Hebben de andere openbare lichamen, die onder hetzelfde grondwettelijk regime vallen, dan geen eigen staatsrechtelijke positie en vallen zij (eventueel) wel onder de Kaderwet? Het is moeilijk aan te nemen en het veronderstelde onderscheid wordt in ieder geval niet verklaard.

Uit het bovenstaande blijkt dat de Haagse opvattingen inzake de openbare lichamen in de zin van de Grondwet enerzijds en de zelfstandige bestuursorganen anderzijds in de loop van een tiental jaren zijn gewijzigd, maar nog steeds niet uitblinken door consistentie en precisie.

Dit blijkt ook uit paragraaf 4.5a, getiteld Zelfstandige bestuursorganen, van de Aanwijzingen voor de regelgeving, een paragraaf die is ingevoegd op 5 september 1996. Aanwijzing 124a omschrijft een zelfstandig bestuursorgaan op ongeveer dezelfde wijze als het voorstel van Kaderwet zelfstandige bestuursorganen: het gaat om een “bestuursorgaan op het niveau van de centrale overheid”. Wij zagen dat de regering in de discussie over het voorstel Kaderwet van oordeel was dat de bestuursorganen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie niet zijn te zien als een bestuursorgaan op het niveau van de centrale overheid. Bezie men nu de Aanwijzingen voor de regel-

10. Kamerstuk 27 426, nr. 3, blz. 8; zie ook Kamerstuk 27 426, nr. 9, blz. 19.

11. Let wel: nu wordt gesproken van (bestuurs)organen van de openbare lichamen en niet van de lichamen “sec”.

12. Kamerstuk 27 426, nr. 5, blz. 8.

geving, die betrekking hebben op regelstelling op centraal niveau, dan komt men al spoedig tot de ontdekking dat deze Aanwijzingen een ander standpunt huldigen. Als voorbeeld van een zelfstandig bestuursorgaan wordt immers in de toelichting op Aanwijzing 124c, onderdeel c, opgevoerd de publiekrechtelijke beroeps- en bedrijfsorganisatie. De Aanwijzingen zijn echter ook intern inconsistent. Volgens Aanwijzing 124f worden regelgevende bevoegdheden aan een zelfstandig bestuursorgaan uitsluitend toegekend (a) voor zover het betreft organisatorische of technische onderwerpen, of (b) in bijzondere gevallen, mits voorzien is in de bevoegdheid tot goedkeuring van de regeling door een minister. De toelichting daarop stelt echter – terecht – dat de besturen van de provincies en de gemeenten de bevoegdheid tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften bezitten en dat aan een orgaan van een openbaar lichaam als bedoeld in artikel 134 Grondwet de bevoegdheid tot vaststelling van algemeen verbindende voorschriften kan worden toegekend (de toelichting noemt ten onrechte de waterschappen niet). Kennelijk zijn voor de toepassing van Aanwijzing 124f de (besturen van de) openbare lichamen geen zelfstandig bestuursorgaan. Alleen voor zelfstandige bestuursorganen gelden de beperkingen van Aanwijzing 124f. Het is mijns inziens duidelijk dat (ook) de Aanwijzingen hinken op twee gedachten. Het is niet onaannemelijk dat deze “Haagse verwarring” is of wordt veroorzaakt door de betrekkelijk recente introductie van het begrip “functioneel bestuur”, waarover de volgende paragraaf handelt.

4 OBB's en “functioneel bestuur”

Uit paragraaf 2 blijkt, ondanks de Haagse verwarring, beschreven in paragraaf 3, (hopelijk) dat OBB's en ZBO's wel te onderscheiden publiekrechtelijke instellingen of organisaties zijn. Men kan echter tegenwerpen dat zij in zoverre vergelijkbaar zijn dat beide, OBB's en ZBO's, zogeheten “functioneel bestuur” uitoefenen. Beider taken en bevoegdheden worden uitgeoefend op deelterreinen en zij zijn gericht op limitatief omschreven “doelstellingen”.

Naar het (mij) voorkomt, snijdt deze tegenwerping wel hout, maar niet veel. Immers, wat is precies bedoeld met “functioneel bestuur”? Aan te nemen is dat elke soort bestuur functioneel is, of hoort te zijn. Onfunctioneel of disfunctioneel bestuur kan beter achterwege blijven, ook al is dit in de praktijk niet steeds het geval. De term functioneel bestuur is waarschijnlijk ontleend aan de reeds lang ingeburgerde uitdrukking functionele decentralisatie, als tegenhanger van territoriale decentralisatie. Wat met territoriale en functionele decentralisatie wordt bedoeld, is al decennia lang duidelijk: in beide gevallen is sprake van decentralisatie in de vorm van de reeds vermelde verbanden van ambten en personen. In het ene geval is het territorium (in beginsel) bepalend voor de competentie, in het andere geval de taakomschrijving waartoe de competentie kan of moet worden uitgeoefend. Het begrippenpaar territoriaal bestuur – functioneel bestuur wordt veel minder frequent gebezigd. Veelal wordt alleen – “los” – gesproken van “functioneel bestuur”. Daarmee wordt dan veelal niet bedoeld op een tegenstelling tot territoriaal bestuur, maar op de afsplitsing of “verzelfstandiging” van bepaalde bestuurstaken of bestuurseenheden die op zich ook als “functioneel” kunnen worden betiteld. Met één voorbeeld kan worden volstaan. Het ministerie van OC en W (vroeger O en W) voert – weliswaar voor het gehele land, dus “territoriaal” – functioneel bestuur. Het is beperkt tot bepaalde beleidsterreinen.

Een onderdeel van dat terrein kan zijn het verstrekken van studiefinanciering. Zolang de minister van OC en W die verstrekt, wordt niet gemakkelijk gesproken van “functioneel bestuur”, terwijl het dat wel is. Zodra echter de studiefinanciering wordt overgeheveld naar de Informatie Beheer Groep (een ZBO), wordt plots wel gesproken van “functioneel bestuur”, terwijl er qua beleidsdoel of beleidsvrijheid weinig of niets verandert. Het lijkt (mij) duidelijk dat het – huidige – gebruik van de uitdrukking functioneel bestuur eerder verwarring schept dan duidelijkheid verschaft. Het gaat bij functionele decentralisatie dan ook om een grotendeels andere problematiek dan bij ZBO’s of “functioneel bestuur”. Functionele decentralisatie geschiedt dan ook (of moet geschieden) op (grotendeels) andere gronden dan de instelling of schepping van ZBO’s.

5 Functionele decentralisatie

Functionele decentralisatie is, niet alleen in Nederland, van oude datum. Het is zelfs aannemelijk dat functionele decentralisatie oudere papieren heeft dan algemeen of functioneel rijksbestuur. Dat is ook niet vreemd. Afhankelijk van de lokale en regionale omstandigheden is de mens geneigd zich te organiseren in verbanden die specifieke en hoogstnoodzakelijke taken ter hand nemen en die langzaam maar zeker het karakter van een dwangverband krijgen. In Nederland zijn de waterschappen daarvan wel het bekendste voorbeeld. Maar er is ook te wijzen op oeroude beroepsorganisaties als de gilden. Functionele decentralisatie komt van origine vaak voort uit een behoefte aan bescherming tegen externe gevaren, al dan niet voortvloeiend uit natuurgeweld of economisch geweld. Bescherming van de zwakkeren speelde (en speelt) daarbij zeker een rol.¹³

Een van de problemen van decentralisatie en zeker van functionele decentralisatie is echter dat het (functioneel) gedecentraliseerde verband zich te zeer richt op de “eigen” doelen en belangen, onder verwaarlozing van andere aspecten van overheidsbestuur en van bepaalde maatschappelijke belangen. De ontwikkelingen in het waterschaps- en waterstaatsbestel zijn hiervan een goed voorbeeld. Decennia lang zijn de waterschappen en Rijkswaterstaat (niet voor niets aangeduid als een staat in de staat) zeer sterk georiënteerd geweest op de waterkering, de peilbeheersing en de aanleg en het onderhoud van wegen. Het milieu, het natuurbehoud, de recreatie en dergelijke waren daaraan duidelijk ondergeschikt, zó ondergeschikt dat in de jaren ’70 van de vorige eeuw een stroming ontstond die pleitte voor onderbrenging van alle waterstaatsactiviteiten in het algemeen – met name provinciaal – bestuur. Het is niet zo ver gekomen, onder meer omdat Rijkswaterstaat en de waterschappen – ondersteund door wettelijke maatregelen, zoals inzake de samenstelling van de waterschapsbesturen – steeds meer oog kregen voor en rekening hielden met onder meer het milieu- en natuurbelang. Gesteld kan worden dat het functioneel gedecentraliseerde waterschapsbestuur is verbreed. Het is flexibel genoeg gebleken om de vensters open te

13. Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, ‘Gronden voor publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie in de agrarische sector’, *Agrarisch recht* 1996, nr. 4, blz. 167. In 2004 bestonden er, zoals gezegd, 17 bedrijfslichamen. Deze bestreken $\pm 1\frac{1}{2}$ miljoen werknemers ($\pm \frac{1}{4}$ van de beroepsbevolking) en ± 500.000 bedrijven. Het zijn dus – gemiddeld – kleine tot zeer kleine ondernemingen. Zie www.ser.nl.

zetten en nieuwe taken te vervullen.¹⁴ Ondanks (of misschien dankzij) deze ontwikkeling hechten wij in Nederland aan functioneel waterstaatsbestuur. De belangen van een goede waterstaatkundige verzorging¹⁵ zijn zo groot, dat zij niet ten onder mogen gaan in het “integraal beleid”, waarin alles tegen alles wordt afgewogen, soms zelfs zo lang en op zo ingewikkelde wijze dat er niets of weinig meer gebeurt. Ook al wordt telkenmale weer gesproken van het (herstel van het) primaat van de politiek, waarmee bedoeld wordt op dat van regering en parlement of dat van de provincie- en gemeentebesturen, er zijn kennelijk onderwerpen van overheidsbeleid die beter tot op zekere hoogte los kunnen staan van dat primaat. Dat geldt voor de waterstaat, maar ook voor bijvoorbeeld universiteiten, die veel weg hebben van een “ander openbaar lichaam” in de zin van de Grondwet.

6 OBB's en functionele decentralisatie

Nu zijn de historische en huidige betekenis en rol van de waterschappen niet op alle punten vergelijkbaar met die van de OBB's, ook al is in beide gevallen sprake van functionele decentralisatie. Waterschappen kunnen bogen op een langere traditie dan de OBB's, zij treden veel meer als overheid op door de ruime uitoefening van verordenende bevoegdheden en, niet op de laatste plaats, ons leven kan letterlijk van hun al dan niet goed functioneren afhangen. De bedrijfslichamen maken daarentegen weinig gebruik van hun verordenende bevoegdheid, afgezien van die inzake heffingen en zij treden veeleer op als behartigers van de belangen van hun “onderdanen”.¹⁶ Verder hangt het leven van de Nederlandse burger niet van hun bestaan en activiteiten af, noch letterlijk, noch economisch.

Dit doet bijna vanzelfsprekend de vraag rijzen naar het bestaansrecht van de (meeste) OBB's. Immers, als, afgezien van heffingen en een betrekkelijk gering aantal verordeningen, de activiteiten van de OBB's voornamelijk bestaan uit belangenbehartiging, is er dan nog voldoende reden te kiezen voor een publiekrechtelijke constructie? In een preadvies voor de Vereniging voor Agrarisch Recht¹⁷ heeft Hirsch Ballin uiteengezet welke rol of rollen de OBB's – met name die in de agrarische sector – (nog) kunnen vervullen. Hij noemt er vijf: (a) uitvoering van gemeenschapsrecht; (b) afbakening van vrije concurrentie; (c) bevorderen van evenwichtige verhoudingen in de productieketen; (d) beveiliging van de “onderdanen” tegen “rampen” en (e) onderzoek, voorlichting e.d. Naar het voorkomt, zijn met name de eerste drie taken publiekrechtelijk van aard of zij kunnen dat zijn. Voor de twee laatstgenoemde lijkt een publiekrechtelijke constructie overbodig, hoewel men kan aarzelen over die onder (d). Al met al is Hirsch Ballin van oordeel dat de aanvankelijk vooral als normerend beschouwde taak van de OBB's is verschoven naar meer “faciliterend”. Als dat zo is, rijst wederom de vraag naar de bestaansgrond van de OBB's als publiekrechtelijke constructies.

14. Zie hierover o.a. J.T. van den Berg, A. van Hall, H.F.M.W. van Rijswick, *Waterstaats- en waterschapsrecht*, blz. 1 e.v., Deventer 2003.

15. Er wordt tegenwoordig ook wel gesproken van integraal waterbeheer.

16. Vgl. G.S.A. Dijkstra, 'De grondwettelijke verankering van de lichamen voor bedrijf en beroep en andere openbare lichamen', in: *Andere openbare lichamen in de Grondwet*. Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel III, Raad voor het openbaar bestuur, blz. 95, 96, Den Haag 2003.

17. Zie zijn reeds genoemde preadvies van 1996.

7 De bestaansgrond van OBB's

Openbare lichamen (met hun besturen) en andere publiekrechtelijke ambten heeft de “onderdaan” in het merendeel van de gevallen niet voor het kiezen. De enige keuze die overblijft, is in het algemeen het land, de provincie, de gemeente of het waterschap te verlaten, waarna hij vervolgens in een andere staat of een andere regio geconfronteerd wordt met vergelijkbare overheden. Aan overheden valt zelden te ontsnappen.

Bij de OBB's ligt dit anders, ook al is dit op het eerste gezicht niet het geval. Immers, een bedrijfslichaam wordt eenzijdig ingesteld bij algemene maatregel van bestuur (art. 67 WBO), zoals andere openbare lichamen worden ingesteld bij wet, provinciale verordening of gemeenschappelijke regeling. Kort uitgedrukt: de overheid beslist, en de onderdaan moet zijn mond houden. Bij de OBB's is sprake van een andere situatie. Zowel inzake de instelling als de opheffing van bedrijfslichamen geldt de regeling van artikel 68 WBO. De SER moet de gelegenheid krijgen advies uit te brengen en de SER moet op zijn beurt de naar zijn oordeel representatieve organisaties van de betrokken ondernemers en van de betrokken werknemers horen. Deze regeling wijst op een zekere mate van vrijwilligheid. Ook al zijn adviezen en resultaten van “horen” niet bindend, zij kunnen wel een belangrijke indicatie inhouden voor het antwoord op de vraag of de instelling of opheffing van een OBB naar het oordeel van de betrokkenen wenselijk is. Wat gechargeerd kan worden gesteld dat de betrokkenen zich vrijwillig onderwerpen of onttrekken aan een publiekrechtelijk verband, met alle voordelen en nadelen van dien. In deze gedachtegang is de bestaansgrond van een OBB niet zozeer het “pakket” aan taken dat het vervult of het type bevoegdheden dat het uitoefent, als wel het “contract” tussen de organisaties van de betrokken ondernemers en de betrokken werknemers, bevestigd door een algemene maatregel van bestuur. Er is wat voor te zeggen deze gedachte, die in de praktijk overigens wordt gevolgd, duidelijker in de Wet op de bedrijfsorganisatie tot uitdrukking te brengen in een bepaling volgens welke een OBB niet kan worden ingesteld of opgeheven tegen de wil van de betrokken organisaties, tenzij bij wet in formele zin. Dit zou de (oorspronkelijke) verbandsgedachte beter verwoorden. Al met al ben ik geneigd te zeggen dat dé bestaansgrond van OBB's is dat zij een “zelfgekozen” dwangverband vormen.

8 Op reis

Het bestaan van verschijnselen als OBB's in andere (Europese) staten dan Nederland kan een aanwijzing zijn voor de noodzaak, de zin en het nut van hun bestaan. Maar het elders ontbreken van dergelijke structuren betekent nog niet dat zij in Nederland maar moeten worden afgeschaft of “omgebouwd”. Zo komen – bij mijn weten – waterschappen elders nauwelijks voor. Niettemin hechten wij in Nederland nog steeds aan hun bestaan. In het kader van dit preadvies past slechts een korte beschouwing over OBB-achtige constructies in een aantal andere staten. Zij berust voornamelijk op een in 1995 verschenen studie van A.J. Medze¹⁸ en op L. Prakke, C.A.J.M.

18. A.J. Medze, ‘Economische intermediaire instituties’, in: G.S.A. Dijkstra, F.M. van der Meer en J.W. van der Meer (red.), *Produktschappen en bedrijfsschappen onderzocht*, blz. 223 e.v., Alphen a/d Rijn 1995.

Kortmann (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, Deventer 2004.¹⁹

De studie van Medze behandelt vier, op product- en bedrijfsschappen lijkende, organisaties in de agrarische sfeer van respectievelijk België, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk. Hoewel er (grote) verschillen zijn in rechtsgrondslag, interne organisatie en bevoegdheden, hebben zij gemeen dat hun oprichting vooral berust op de gedachte dat bepaalde activiteiten het best door het bedrijfsleven zelf kunnen worden geregeld.

Van één van de door Medze besproken staten, Frankrijk, weet ik wat meer. In dat land bestaan buiten de territoriale gebiedscorporaties (*collectivités territoriales*) talloze zogeheten “institutions spécialisées” waarvan Medze er een enkele bespreekt. Sommige van die “institutions” worden wel aangeduid als “institutions corporatives”. Zij zijn bedoeld om te “représenter, défendre et gérer les intérêts propres à ce groupe”. De meest typerende ervan zijn de zogeheten “chambres professionnelles”, die o.a. op het terrein van de landbouw voorkomen. De leden van hun besturen worden gekozen door hun “onderdanen” (“ressortissants”), zoals agrarische ondernemers en werknemers. Zelfs voor de Fransen, die sinds de Franse revolutie weinig ophebben met het corporatistisch gedachtegoed, is deze verkiezing “dans l’ordre normal des choses”.²⁰ De Chambres doen enigszins denken aan onze openbare lichamen voor beroep.²¹

Uit dit summiere overzicht kunnen vanzelfsprekend niet veel conclusies worden getrokken. Wel kan zonder veel gevaar voor blunderen worden gesteld dat niet alleen in Nederland (publiekrechtelijke) instellingen bestaan, die berusten op een zekere verbandsgedachte en die eigen belangen behartigen en activiteiten reguleren. En ook daar wijken zij af van een, wat de Fransen noemen “établissement public”, te vergelijken met een Nederlands zelfstandig bestuursorgaan in zijn enge (en juiste) betekenis.

9 Terug naar het recht

Uit het voorafgaande is – hopelijk – gebleken dat het goed mogelijk is een onderscheid te maken tussen openbare lichamen (voor beroep en bedrijf) en zelfstandige bestuursorganen. Dit onderscheid berust zowel op het bestaande positieve recht als op de verschillende gronden voor hun bestaan. Wij hebben tevens gezien dat het onderscheid ook in een aantal andere landen bestaat. Een vraag die overblijft, is of het geen aanbeveling verdient het onderscheid te vergeten en voortaan – al dan niet in de Grondwet – slechts te spreken van zelfstandige bestuursorganen, waaronder de openbare lichamen dan zouden vallen.

Naar het (mij) voorkomt, zouden zo allerlei (nieuwe) vraagstukken worden opgeroepen. Ik noem er een aantal:

- zijn de bestaande ZBO’s (in deze variant: inclusief de openbare lichamen) niet zo onderscheiden van aard, dat daarvoor nauwelijks een algemene (grond)wettelijke regeling is te treffen?;

19. In september 2004 verscheen een Engelstalige editie van dit boek onder de titel *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer 2004.

20. René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, blz. 355, Parijs 1999.

21. Ook Luxemburg kent dergelijke Chambres.

- verwatert op deze wijze niet op onaanvaardbare en in ieder geval onnodige wijze en mate het onderscheid tussen centralisatie en decentralisatie?;
 - behouden wij in dit geval de verbandsidee alleen nog voor vormen van territoriaal bestuur, en, zo ja, waarom?;
 - moet er een regeling getroffen worden voor zelfstandige bestuursorganen op zowel centraal als gedecentraliseerd niveau?;
 - ten slotte: wat is er gewonnen met een dergelijke wetgevingsoperatie?
- Het zijn alle vragen waarop ik het antwoord niet onmiddellijk weet. In ieder geval verlangen de Aanwijzingen voor de regelgeving dat een nieuwe regeling “nodig” is. Die noodzaak zie ik niet.

10 Slot

Alles tezamen genomen bestaat het voorgaande toch deels uit herkauwen. Herkauwen kan worden beschouwd als een saaie en oninteressante bezigheid, verricht door runderen, schapen, geiten, herten, kamelen, giraffen en, naar het schijnt, struisvogels. Niettemin is deze activiteit niet zonder betekenis. Laten wij enige aspecten van het herkauwen bezien. Op de eerste plaats is niet ieder wezen tot herkauwen in staat. Bij sommige wezens daarentegen is het een noodzakelijke bezigheid om in leven te blijven. Zij eten gewassen die geherkauwd moeten worden. Bij OBB's en ZBO's lijkt dat ook het geval te zijn. Het is nagenoeg onverteerbare kost als men deze snel en gedachteloos tot zich neemt. De onderscheiden smaken ervan worden niet herkend. Neemt men daarentegen de tijd, dan blijkt in het wilde gewas van “functioneel bestuur” toch het een en ander van betekenis te ontdekken. In dit preadvies(je) zijn dat de volgende zaken:

- (de besturen van) de openbare lichamen zijn geen zelfstandige bestuursorganen;
- de openbare lichamen behoren tot het verschijnsel van de decentralisatie;
- de openbare lichamen berusten op de idee van een vrijwillig aangegaan functioneel overheidsverband;
- de “Haagse opvattingen” inzake deze drie punten zijn inconsistent.

Komen wij hiermee verder? Wat mij betreft wel. Wij weten nu immers waarover wij het begripsmatig hebben en dat is in de huidige terminologische chaos in de politiek en het beleid niet zonder belang.